

Defensa Del Consumidor Telefonía Celular Servicio De Roaming Deber De Informacion Ley 24 240 Carga De La Prueba Deber De Colaboracion

JURISPRUDENCIA

Defensa del consumidor. Telefonía celular. Servicio de roaming.

Deber de información. Ley 24.240. Carga de la prueba. Deber de colaboración Se confirma la multa impuesta una empresa de telefonía móvil por trasgredir la ley de defensa del consumidor, al comprobarse que no suministró al consumidor información veraz, detallada, eficaz y suficiente respecto del sistema de tasación de los servicios de roaming internacional, pues la demandada -que es la parte más fuerte en la relación de consumo y con mayor deber procesal de colaboración- no aportó pruebas suficientes para desvirtuar el contenido de dicha denuncia.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 16 días del mes de junio de dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para conocer en el recurso interpuesto a fs. 1 por Telefónica Móviles Argentina S.A., contra la Disposición N° DI-2011-703-DGDYPC, del 9 de mayo de 2011, dictada por el Sr. Director General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el expediente administrativo N° 8721/2009. Practicado el sorteo pertinente, resulta que debe observarse el siguiente orden: Dr. Hugo R. Zuleta, Dr. Esteban Centanaro y Dra. Gabriela Seijas. Los magistrados resuelven plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la disposición apelada? A la cuestión planteada, el Dr. Hugo R. Zuleta dijo: I. A fs. 1/6 del expediente administrativo consta que, en fecha 22/02/2007, el señor Diego Fernando Moscardi presentó una denuncia contra Telefónica Móviles Argentina S.A. ante la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor. Sostuvo que, en el mes de diciembre de 2006, había contratado telefónicamente el servicio de roaming que provee la recurrente, para poder contar con el servicio de telefonía celular durante sus vacaciones en Brasil. Manifestó que, al momento de la contratación del servicio, había consultado telefónicamente a la empresa si la provisión del servicio de roaming era gratuita y que el operador le había contestado que sí. Explicó que, no obstante, al regresar de sus vacaciones en Brasil, la empresa le facturó, por el período comprendido entre el 21/12/2007 y el 20/01/2008, más de doscientos cincuenta pesos (cuando, en promedio, pagaba habitualmente aproximadamente cien pesos por mes). Relató que, al consultar a la empresa la razón por la cual se le había facturado dicha suma, le informaron que las llamadas que había realizado a través del servicio de roaming le habían sido facturadas en dólares. El denunciante añadió que ya había contratado el mismo servicio de roaming en el año 2005, pero que en ese momento el servicio le había sido provisto de forma gratuita. Acompañó documentación relacionada con los hechos relatados. II. A fs. 15/17 del expediente administrativo consta que, el 13 de abril de 2007, se abrió la instancia conciliatoria entre la denunciante y la denunciada, pero las partes no arribaron a un acuerdo. La denunciada acompañó una copia del contrato que regulaba la relación entre las partes (que no se encuentra suscripta por el denunciante - v. fs. 15/16 del expediente administrativo), y sostuvo que las condiciones de la prestación del servicio de roaming se encontraban debidamente aclaradas en las cláusulas 1.9 y 1.13. III. A fs. 22 del expediente administrativo consta que, el 28 de enero de 2008, la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor imputó a la denunciada, Telefónica Móviles Argentina S.A., la presunta comisión de una infracción a lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 24. 240, puesto que no habría suministrado información veraz, detallada, eficaz y suficiente respecto del sistema de tasación de los servicios de roaming internacional. En este sentido, la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor entendió que el hecho de que el usuario denunciante no haya suscripto los términos y condiciones que contenían la información relacionada con las condiciones de la prestación del servicio del roaming hacía presumir que la empresa había violado el deber de información. IV. A fs. 28/35 del expediente administrativo consta que, el 07/05/2008, presentó un descargo la empresa Telefónica Móviles Argentina S.A.. Solicitó que se deje sin efecto la imputación que había sido realizada contra la empresa, por los siguientes motivos. En primer lugar, sostuvo que el artículo 4 de la ley 24.240 no exige que la información sea brindada por escrito ni que siempre sea firmada por el consumidor. Sobre esta cuestión, explicó que, cuando un cliente desea utilizar un servicio adicional ofrecido por la empresa (como el servicio de roaming), la contratación se realiza en forma verbal - telefónicamente- y el vínculo se perfecciona cuando el cliente utiliza el servicio. Agregó que no es ?admisibles? (sic. fs. 32 del expediente administrativo) realizar un contrato por escrito con cada cliente que decida viajar al exterior y gozar del servicio de roaming internacional, ya que los precios varían según cuál sea la prestadora extranjera por cuenta y orden de la cual Telefónica Móviles Argentina S.A. brinde dicho servicio. En segundo lugar, manifestó que el denunciante había suscripto un contrato con la empresa que disponía, en su cláusula 1.13, que ?[c]uando corresponda que Movistar facture servicios atribuibles a otros prestadores de servicios, lo hará a los precios fijados por dichos prestadores, más los impuestos correspondientes y en las condiciones previstas en la reglamentación vigente? y, en su cláusula 1.9, que ??los conceptos de Roaming internacional serán tasados en la moneda en la

cual se contrate el servicio y se facturarán en Pesos según la cotización, tipo vendedor del BCRA. ? En tercer lugar, sostuvo que, dado que los clientes tienen a su disposición en cualquier agencia comercial y en la página web de la empresa una copia del mencionado contrato que los vincula con la empresa, no resultaba necesario para la empresa acompañar a estas actuaciones el contrato efectivamente suscripto por el usuario. En cuarto lugar, argumentó que del hecho de que la empresa no haya acompañado el contrato efectivamente suscripto por el usuario no puede inferirse que el usuario no fue debidamente informado. En este sentido, sostuvo que no debe ser la empresa quien deba probar su inocencia, sino que, por el contrario, es la administración quien debe contar con prueba concluyente de que la empresa ha incurrido en una infracción para proceder a imputarla (por aplicación de los principios constitucionales de inocencia y de duda a favor del acusado). En quinto lugar, manifestó que el denunciante no aportó prueba alguna que diera cuenta de que la empresa le había informado que los consumos del servicio de roaming serían provistos gratuitamente. En este sentido, sostuvo que debía considerarse que todos los servicios gozan de una presunción de onerosidad en materia comercial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 218 inc. 5 del Código de Comercio (fs. 2/3). En sexto lugar, sostuvo que, de hecho, ni siquiera se encontraba acreditado que el denunciante hubiera solicitado la información sobre el servicio de roaming a la empresa. V. A fs. 46/47 vta., consta que, el 9 de mayo de 2011, la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, mediante la disposición DI-2011-703- DGDYPC, impuso una multa de treinta mil pesos (\$ 30.000) a la empresa Telefónica Móviles Argentina S.A. y le ordenó que publique la resolución en el diario La Nación, conforme lo dispuesto en el artículo 18 del Anexo I del Decreto n° 17-GCBA-03. El Director General de Defensa y Protección del Consumidor se basó en los siguientes fundamentos para justificar la sanción impuesta a la recurrente. En primer lugar, argumentó que, si bien es cierto que no siempre es necesario que la información sea brindada al consumidor por escrito ni que sea firmada por el consumidor, en el caso en cuestión sí resultaba necesario que se cumplieran dichos requisitos, debido a la complejidad del servicio y al hecho de que se trataba de un contrato de larga duración y de ejecución continuada. En este sentido, manifestó que, en el caso en cuestión, se había intimado a la empresa sumariada a que acompañara una copia del contrato celebrado con el cliente, pero ésta solamente había acompañado una copia que no se encontraba suscripta por el usuario, por lo que no podía interpretarse que éste hubiese tenido conocimiento de su contenido. En segundo lugar, manifestó que debía considerarse especialmente el hecho de que, en los contratos de telefonía móvil, los usuarios se encuentran en una situación de desigualdad estructural con respecto a las empresas prestadoras, dadas las características propias del vínculo y dada su especificidad técnica. En tercer lugar, expresó que, en el caso en cuestión, la información debió haber sido provista al consumidor al efectuar la contratación y al momento de la habilitación del servicio, de forma completa, clara, fácilmente legible y accesible. En cuarto lugar, sostuvo que, a los efectos de determinar el monto de la multa impuesta a la empresa, habían sido tenidas en cuenta las siguientes consideraciones: 1) el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor, 2) la posición en el mercado del infractor, 3) la cuantía del beneficio obtenido, 4) el grado de intencionalidad, 5) el hecho de que la infractora es reincidente en la comisión de infracciones a la ley 24.240 y 6) el hecho de que el incumplimiento de la empresa pudo haberse extendido a una gran cantidad de clientes. VI. A fs. 1/12, consta que, el 12 de julio de 2011, Telefónica Móviles Argentina interpone recurso directo de apelación contra la disposición DI-2011-703- DGDYPC. Solicita que sea revocada y que la empresa sea absuelta (y, subsidiariamente, solicita que se reduzca el monto de la multa impuesta), por los siguientes motivos. En primer lugar, sostiene que no ha incumplido con el deber de información. En este sentido, manifiesta que el denunciante no probó en modo alguno que la empresa le había informado que el servicio de roaming le sería provisto de forma gratuita. Alega que todas las prestaciones de servicios se presumen onerosas, que no consta que el consumidor haya requerido la información sobre las condiciones del servicio de roaming a la empresa y que, en cualquier caso, la información que daba cuenta del modo de facturación del servicio de roaming se encontraba disponible de forma gratuita mediante el servicio de atención al cliente brindado por la empresa. Añade que las condiciones de la prestación del servicio de roaming habían sido aprobadas por la Comisión Nacional de Comunicaciones, que es el organismo de contralor, por lo cual se encontraba vigente para todos los clientes. En segundo lugar, argumenta que el procedimiento administrativo que concluyó con la disposición recurrida contenía diversos vicios. Por un lado, manifiesta que era el denunciante quien tenía la carga de probar el incumplimiento imputado a la empresa, pero no lo hizo. En este sentido, sostiene que el principio de la duda a favor del consumidor debe ceder en materia infraccional ante el principio de la duda a favor del acusado, que es de jerarquía constitucional (conf. art. 18 de la Constitución Nacional). Por otro lado, alega que el denunciante no cumplió con el deber de colaboración en el marco del proceso, puesto que, incluso cuando también debía contar con una copia del contrato efectivamente suscripta por él y se encontraba en mejores condiciones que la empresa para acompañarla al expediente como prueba, no lo hizo. En este sentido, sostiene que resulta injusto que en la disposición recurrida se haya tenido por probada la infracción imputada, ante la falta de pruebas que dieran cuenta de que la empresa sí había cumplido con el deber de información, cuando, de hecho, la parte que se encontraba en una mejor posición para acompañar dichas pruebas no las acompañó. En tercer lugar, argumenta que la disposición recurrida es arbitraria,

ya que carece de fundamentos, puesto que, en el expediente, no se ha probado que hayan ocurrido hechos que objetivamente justifiquen la imposición de una sanción. En cuarto lugar, manifiesta que en la disposición recurrida se omite señalar de forma precisa cuáles son los motivos que justifican la sanción impuesta. En quinto lugar, plantea, subsidiariamente, que el monto de la multa es irrazonable y desproporcionado. Agrega que la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor no hizo referencia a los motivos por los cuales aplicó la multa. Argumenta que ello viola su derecho de defensa. VII. A fs. 53/58 vta., consta que, en fecha 1 de agosto de 2013, contestó los agravios el GCBA. Sostiene que deben desestimarse los agravios presentados por Telefónica Móviles Argentina S.A. y que, en consecuencia, debe confirmarse la disposición DI-2011-703-DGDYPC, por los siguientes motivos. En primer lugar, manifiesta que, en el caso en cuestión, la recurrente se encontraba en una posición dominante con respecto al usuario y, por lo tanto, su deber procesal de colaboración era mayor. Por este motivo, entiende que era la empresa quien tenía la mayor carga de producir las pruebas necesarias en estos autos. En segundo lugar, sostiene que la disposición recurrida no contiene vicios respecto de su causa ni de su motivación, ya que permite apreciar con razonable suficiencia los motivos del acto. Además, agrega que debe considerarse que los actos administrativos se presumen legítimos. En tercer lugar, argumenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 24.240, en caso de dudas sobre cómo debe interpretarse un contrato en una relación de consumo, debe adoptarse la interpretación más favorable al consumidor. En cuarto lugar, sostiene que, en el caso en cuestión, no es necesario que se pruebe la existencia de daño alguno al consumidor, ya que el incumplimiento formal basta para que se configure una infracción a la ley 24.240. En quinto lugar, argumenta que la multa impuesta por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor no es irrazonable, ya que es consistente con los criterios de graduación de multas establecidos en los artículos 49 y 47 inc. b) de la ley 24.240. VIII. A fs. 64/66, presentó su dictamen el Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. IX. A fs. 67, pasaron los autos al acuerdo de sala, previo sorteo, a fin de dictar sentencia. X. Analizaré, a continuación, si debe revocarse la Disposición DI-2011-703-DGDYPC. Contestaré negativamente (y, en consecuencia, sostendré que debe confirmarse lo dispuesto en dicha disposición, en todo cuanto dispone), por los siguientes motivos. XI. En primer lugar, analizaré si Telefónica Móviles Argentina S.A. ha violado el deber de información. Considero que sí, puesto que no ha logrado desvirtuar la denuncia efectuada por el usuario. En este sentido, el usuario denunció que la empresa no cumplió su deber de brindarle la debida información (conforme lo establecido en el artículo 4 de la ley 24.240) sobre las características esenciales del servicio de roaming. Luego, la empresa, que es la parte más fuerte en la relación de consumo (y, por lo tanto, la parte que tiene un mayor deber procesal de colaboración), no aportó pruebas suficientes para desvirtuar el contenido de dicha denuncia. De hecho, entiendo que la empresa ni siquiera aportó las pruebas a las que razonablemente debería tener acceso y que serían mínimamente necesarias para justificar su postura. Por un lado, la empresa alegó que las condiciones de la prestación del servicio de roaming habían sido expresamente aceptadas por el usuario al suscribir el contrato marco con la empresa (v. fs. 4 vta.). No obstante, la empresa no acompañó, en ningún momento del proceso, la copia de dicho contrato efectivamente suscripta por el usuario denunciante. De hecho, tan sólo acompañó una copia simple -e incompleta- de lo que serían las condiciones generales de la prestación del servicio (v. fs. 15/16 del expediente administrativo) que habría aceptado el usuario denunciante (lo cual tampoco acreditó en modo alguno). Por otro lado, la empresa argumentó que no era necesario contar con una copia del contrato efectivamente suscripta por el usuario, puesto que, de todos modos, las condiciones establecidas en dicho contrato ya se encontraban aprobadas por la Comisión Nacional de Comunicaciones (v. fs. 9/9 vta.). No obstante, la empresa tampoco acompañó prueba alguna que diera cuenta de dicha aprobación por parte de la autoridad de contralor ni se advierte por qué tal aprobación la eximiría de la necesidad de contar con un contrato. A esta altura, resulta claro que el argumento esbozado por la empresa, basado en que la Administración le impuso una carga probatoria de cumplimiento imposible? (v. fs. 10), no es plausible. En este sentido, considero que en modo alguno puede resultar excesivo (ni, mucho menos, de cumplimiento imposible) que, en un proceso de defensa del consumidor, se exija a la empresa que acompañe la copia del contrato suscripta por el usuario o la constancia de la aprobación de dichas condiciones efectuada por la autoridad de contralor. Ambas son pruebas a las que razonablemente debería tener acceso la empresa. Luego, tampoco cabe entender, tal como pretende la recurrente, que la Administración sancionó a la empresa sin considerar la extensa documental adjunta donde se demuestra que las condiciones del servicio estuvieron siempre disponibles y accesibles para el cliente? (v. fs. 6 vta.). Sobre esta cuestión, lo cierto es que, a lo largo de todo el proceso, la empresa tan sólo acompañó como pruebas una copia simple de una parte del contrato que supuestamente habría aceptado el usuario -que, de hecho, no se encuentra suscripta por el usuario- (v. fs. 15 / 16 del expediente administrativo) e impresiones simples del contenido que se encontraría en un sitio web de la empresa, informando las características del servicio de roaming, con fecha del 05/07/2011 (v. fs. 21/26), cuando la denuncia realizada por el usuario data del 18/02/2007 (es decir que esas impresiones no dan cuenta de que esa información se encontraba disponible en el sitio web de la empresa al momento de los hechos que originaron la denuncia). En este contexto, entiendo que no corresponde interpretar, tal como pretende la

recurrente, que la Administración ha violado el principio de duda a favor del acusado (v. fs. 6 vta.) al tener por configurada la infracción a lo dispuesto en el artículo 4o de la ley 24.240 por el hecho de que la empresa no ha logrado probar que sí cumplió con el deber de información. De hecho, el deber de informar que establece la ley 24.240 es una obligación que recae, precisamente, en cabeza de quien presta servicios. Luego, entiendo que no implica una violación al principio in dubio pro reo el hecho de que, en el marco de un proceso de defensa del consumidor como el que nos ocupa (en el que corresponde que el prestador del servicio colabore en cierta medida con el esclarecimiento de los hechos, a los efectos de garantizar un trato equitativo al consumidor -tal como exige el artículo 42 de la Constitución Nacional), sea responsabilidad del prestador del servicio probar que ha cumplido el deber de informar, especialmente considerando que es éste quien se encuentra en una mejor posición para hacerlo y que la prueba mínimamente necesaria que debería aportar para el esclarecimiento de los hechos debería estar razonablemente a su alcance. XII. En segundo lugar, analizaré si la disposición recurrida fue arbitraria o inmotivada. Considero que no fue arbitraria, puesto que estuvo adecuadamente motivada. Por un lado, entiendo que la Dirección de Defensa y Protección al Consumidor expresó debidamente los motivos que la llevaron a disponer que la recurrente había violado el deber de información. Para ello, se basó especialmente en consideraciones jurídicas válidas acerca de a qué parte le corresponde la carga de la prueba en los procesos de defensa del consumidor y en la interpretación y la valoración de la prueba que acompañaron -o que omitieron acompañar- las partes, a la luz de los principios que rigen en la materia. Por otro lado, considero que la Dirección de Defensa y Protección al Consumidor también justificó debidamente el monto de la multa que le aplicó a la recurrente. En este sentido, cabe resaltar que la multa impuesta se encuentra dentro de los límites establecidos en el artículo 47 de la ley 24.240 y obedece razonablemente a la aplicación de los criterios de graduación de las multas establecidos en el artículo 49 de la ley 24.240, que dispone que se deben tener en cuenta "el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. ? Entiendo que la Dirección de Defensa y Protección al Consumidor consideró, atinadamente, el hecho de que el incumplimiento de la empresa pudo haberse extendido a una gran cantidad de casos, el hecho de que la empresa es reincidente (y mencionó diversas causas análogas en las que ya había sido sancionada) y el hecho de que es un comerciante profesional especializado, colector de fondos públicos, que ocupa una posición importante en el mercado. XIII. Por los motivos expuestos en los puntos XI y XII, debe rechazarse en su totalidad el recurso interpuesto por Telefónica Móviles Argentina S.A. y confirmarse la resolución recurrida. Con respecto a la imposición de las costas, corresponde imponerlas a Telefónica Móviles Argentina S.A., puesto que no hay motivos para apartarse principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT). XIV. A los efectos de regular los honorarios de los profesionales intervinientes en estas actuaciones, resulta aplicable lo dispuesto en la ley 5134, que establece, en su artículo 62, que "[l]as disposiciones de la presente ley se aplicarán a todos los procesos en curso, en los que no haya regulación firme de honorarios, al tiempo de su publicación. ? Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 15, 23, 24, 29, inc. a, y 60 de la ley 5134, la calidad y la extensión de la labor profesional y la única etapa cumplida, propicio que se regulen conjuntamente los honorarios correspondientes a las actuaciones de la representación letrada del GCBA en la suma de siete mil novecientos sesenta y cinco pesos (\$ 7965). XV. Por las razones expuestas, propongo al acuerdo: 1. Rechazar en su totalidad el recurso interpuesto por Telefónica Móviles Argentina S.A. y confirmar lo establecido en la Disposición DI-2011-703-DGDYPC, del 9 de mayo de 2011, en todo cuanto dispone. 2. Imponer las costas a Telefónica Móviles Argentina S.A. (art. 62 CCAyT). 3. Regular conjuntamente los honorarios de la representación letrada del GCBA de acuerdo con lo establecido en el considerando XIV de mi voto. A la cuestión planteada, el Dr. Esteban Centanaro dijo: Adhiero al voto del Dr. Hugo R. Zuleta. En mérito a las consideraciones expuestas, el Tribunal RESUELVE: 1. Rechazar en su totalidad el recurso interpuesto por Telefónica Móviles Argentina S.A. y confirmar lo establecido en la Disposición DI-2011-703-DGDYPC, del 9 de mayo de 2011, en todo cuanto dispone. 2. Imponer las costas a Telefónica Móviles Argentina S.A. (art. 62 CCAyT). 3. Regular conjuntamente los honorarios de la representación letrada del GCBA de acuerdo con lo establecido en el considerando XIV del voto del Dr. Hugo Zuleta. Se deja constancia de que la Dra. Gabriela Seijas no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia. Regístrese. Notifíquese a las partes por Secretaría y a la Sra. Fiscal en su público despacho. Oportunamente, archívese. Dr. HUGO R. ZULETA Juez de Cámara Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires Esteban CENTENARO Juez de Cámara-Subrogante Sala II Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires REGISTRADO EN EL FOLIO 293/298 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DE RDC DE LA SALA III DE LA CCAYT. AÑO 2017. CONSTE. Analía Álvarez Prosecretaria Letrada Sala III - CCAYT Correlaciones: Ley 24240 - BO: 15/10/1993

019064E